



Trabajo de Fin de Master

Preparación de una calificación de la defensa en un supuesto de stalking, revelación de secretos y amenazas

Presentado por:

Sergio Pitarch Piñana

Tutor/a:

Antonio Fernández Hernández

Master Universitario en Abogacía

Curso académico 2019/20
Fecha de defensa: Enero 2020

Resumen

El trabajo consiste en el estudio de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y *stalking* a través de un supuesto práctico.

El trabajo se centra en los delitos de falsedad y *stalking*. Las amenazas se introducen única y exclusivamente a los efectos del estudio de los problemas concursales que aparecen en su relación con el *stalking*, motivo por el cual no son objeto de un desarrollo específico dentro del trabajo.

Palabras clave

Derecho Penal, revelación de secretos, *stalking*, acoso, delito continuado, delitos de género

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN.....	2
2.- CONCLUSIONES PROVISIONALES DE LA FISCALÍA.....	2
3.- JUSTIFICACIÓN DE LAS CONCLUSIONES PROVISIONALES DE LA DEFENSA.....	5
3.1.- CALIFICACIÓN JURÍDICA.....	5
3.1.1.- EL DELITO DE APODERAMIENTO, UTILIZACIÓN O MODIFICACIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DEL 197.2 CP	5
3.1.1.1.- CONDUCTA TÍPICA.....	5
3.1.1.1.1.- EL ACCESO, APODERAMIENTO, UTILIZACIÓN O MODIFICACIÓN.....	6
3.1.1.1.2.- LA AUSENCIA DE AUTORIZACIÓN.....	7
3.1.1.1.3.- LOS DATOS RESERVADOS DE CARÁCTER PERSONAL.....	7
3.1.1.1.3.1.- DATOS PERSONALES.....	8
3.1.1.1.3.2.- DATOS PERSONALES RESERVADOS.....	8
3.1.1.1.3.3.- DATOS PERSONALES RESERVADOS SENSIBLES.....	9
3.1.1.1.4.- EL PERJUICIO DE TERCERO.....	10
3.1.1.1.4.1.- EXIGIBILIDAD EN LOS SUPUESTOS DE MERO ACCESO.....	11
3.1.1.1.4.2.- CONCURRENCIA DEL PERJUICIO: SENSIBILIDAD DE LOS DATOS.....	11
3.1.1.2.- DELITO CONTINUADO Y PLURALIDAD DE ACCESOS.....	13
3.1.1.2.1.- INAPLICABILIDAD DE LA FIGURA DEL DELITO CONTINUADO.....	13
3.1.1.2.2.- PLURALIDAD DE ACCESOS Y DE ACCIONES.....	13
3.1.1.3.- SUBTIPOS AGRAVADOS.....	15
3.1.1.3.1.- COMISIÓN POR PERSONA ENCARGADA O RESPONSABLE DEL FICHERO.....	15
3.1.1.3.2.- COMISIÓN POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO.....	16
3.1.2.- EL DELITO DE <i>STALKING</i> DEL 172 TER CP.....	17
3.1.2.1.- EL CONCEPTO DE <i>STALKING</i> O ACOSO.....	17
3.1.2.2.- MODALIDADES COMISIVAS.....	18
3.1.2.3.- INSISTENCIA Y REITERACIÓN.....	19
3.1.2.4.- AUSENCIA DE AUTORIZACIÓN LEGÍTIMA.....	20
3.1.2.5.- LA ALTERACIÓN GRAVE DEL DESARROLLO DE LA VIDA COTIDIANA DE LA VÍCTIMA.....	21
3.1.2.6.- SUBTIPOS AGRAVADOS.....	24
3.1.2.6.1.- VÍCTIMAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD.....	24
3.1.2.6.2.- VÍCTIMAS INSCRIBIBLES EN LOS SUPUESTOS DE 173.2.....	24
3.1.2.7.- LA CLÁUSULA CONCURSAL.....	25
3.2.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	26
3.3.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD.....	26
3.4.- PENA.....	27
3.5.- RESPONSABILIDAD CIVIL.....	27
4.-CONCLUSIONES.....	27
BIBLIOGRAFÍA.....	30
ANEXO: ESCRITO DE CALIFICACIÓN PROVISIONAL	

1.- INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende el estudio de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y *stalking* a través de un supuesto práctico.

El supuesto parte de la visita del acusado. Don Bartolomé acude al despacho y pone de manifiesto que no se encuentra satisfecho con la actuación profesional desarrollada hasta la fecha por el letrado que se está haciendo cargo de su defensa en un procedimiento penal.

Previo solicitud y obtención de la venia del citado letrado, éste nos comunica que le ha sido dado traslado de las conclusiones provisionales formuladas por la fiscalía, así como concedido plazo para presentar las de la defensa.

El objeto del trabajo es el estudio de los hechos y calificaciones contenidas en dichas conclusiones provisionales de la fiscalía para, sin alterar los hechos, buscar aquellos elementos de la norma y las interpretaciones que de la misma se han hecho, con el fin de preparar la defensa.

Se centra en los delitos de falsedad y *stalking*. Las coacciones o amenazas se introducen única y exclusivamente a los efectos del estudio de los problemas concursales que aparecen en su relación con el *stalking*, motivo por el cual no son objeto de un desarrollo específico dentro del trabajo.

Como anexo al mismo se acompaña escrito de calificación de la defensa. Dicho documento, con el fin de adecuarse a la realidad, no recoge los argumentos defensivos que derivan del estudio, para evitar facilitar a la contraparte la preparación de alegaciones en sentido contrario. En él no se alterarán los hechos contenidos en el escrito de calificación de la fiscalía, dado que el trabajo no entra en materia probatoria y se toman los hechos como premisa del mismo.

El objetivo en definitiva es mostrar el trabajo previo de la defensa en la preparación del juicio, el cual, pese a no contenerse en el escrito de calificación provisional, sí debe preceder a su redacción, por cuanto determinará, en buena manera, la prueba a solicitar.

2.- CONCLUSIONES PROVISIONALES DE LA FISCALÍA

PRIMERA.- Don Bartolomé, de nacionalidad española, mayor de edad en cuanto nacido en 14 de mayo de 1975 y sin antecedentes penales, mantuvo una relación sentimental con convivencia con Doña Águeda durante 4 años, habiendo cesado la misma en abril de 2014. Fruto de la relación nació un hijo que en la actualidad tiene 5 años. Ambos son funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

No asumiendo la ruptura de la relación y con la finalidad de conocer los movimientos, viajes y desplazamientos, así como los posible alojamientos en cualquier establecimiento

hotelero de España y con quien pudiera encontrarse su expareja, el acusado, aprovechando su condición de funcionario del Cuerpo Nacional de Policía y utilizando la clave de acceso que le autorizaba como usuario, entró en las Bases de Datos de la Dirección General de la Policía, realizando diversas consultas sobre Águeda, accediendo para ello a los datos personales de ella registrados en el sistema ARGOS y el fichero de CONTROL respecto de determinados datos personales y hospederías, sin que existiera causa ni investigación policial que amparase dichas consultas.

En concreto el día 25 de abril de 2016 efectuó las siguientes 10 búsquedas:

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,03,11 horas, realizó un control de hospederías entre las fechas 01 de abril y 23 de abril de 2014.

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,33,41 horas, realizó un consulta sobre hospederías relativa a 21/06/2014.

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,33,58 horas, realizó un consulta sobre hospederías relativa a 21/06/2014.

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,34,04 horas, realizó un consulta sobre hospederías relativa a 15/12/2014.

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,34,13 horas, realizó un consulta sobre hospederías relativa a 15/04/2015.

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,34,22 horas, realizó un consulta sobre hospederías relativa a 21/03/2015.

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,34,30 horas, realizó un consulta sobre hospederías relativa a 09/04/2016.

Desde la dirección IP NUM1, a las 4,42,55 horas, realizó una consulta sobre los controles realizados a Águeda entre el 13/04/2010 al 24/04/2010, relativa al embarque de pasajeros en aviones.

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,53,18 horas realizó una consulta sobre parte de viajero de una persona determinada, dando como resultado que D^a Águeda había estado hospedada en el “Nexus Valladolid Suites y Hotel”, relativa al 8 de abril de 2016

Desde la dirección de IP NUM2, a las 04,55,15 horas se realizó una consulta sobre parte de viajero de una persona determinada, con idéntico resultado.

El acusado y Águeda han venido manteniendo numerosas comunicaciones telefónicas, a través de la aplicación Whatsapp, para tratar o consultarse respecto de las diferentes cuestiones relativas al cuidado y atención del hijo común de ambos y, aprovechando las realizadas en primer lugar el 17 de abril de 2016 y, posteriormente, entre las fechas comprendidas desde el día 2 de junio de 2016 hasta el 1 de febrero de 2017, el acusado dirigió a su ex mujer ingentes y extensos mensajes en los que le dirigía quejas y

reiterados y continuos reproches sobre el contenido de las que fueron sus relaciones de pareja, así como aspectos relativos a la vida íntima que ella pudiera mantener con su nueva pareja, haciendo en ellas reiteradas referencias al contenido de los resultados de las búsquedas antes citadas y dirigiéndose a su ex pareja con diversos apelativos como “mentirosilla”, “ridícula” y, sobre todo, y de forma reiterada y constante con el del “subcampeona”, a pesar de que, también de forma continua y reiterada, ella le pedía que no la llamara así, porque sabía lo mucho que la molestaba y que la dejara vivir en paz y limitara la comunicación únicamente a los temas relacionados con el niño. En una de dichas conversaciones el acusado manifestó a la denunciante su intención de dar a conocer a su hijo en común todos los entresijos de su ruptura sentimental, derivada de la existencia de una relación sentimental de la madre coetánea a la vigencia de la relación de pareja de sus padres, que hasta el momento la habían ocultado, si ésta no accedía a alterar el calendario de vacaciones acordado en el convenio.

La denunciante también respondía al acusado mediante ingentes y extensos mensajes en los que le dirigía quejas y reiterados y continuos reproches sobre el contenido de las que fueron sus relaciones de pareja, así como sobre aspectos relativos a la vida íntima que ella mantenía con su nueva pareja, dirigiéndose a su ex pareja con diversos apelativos como “cabroncete” y “perdedor”.

Como consecuencia de su acceso a las bases de datos policiales, el acusado tuvo conocimiento de que la denunciante se encontraba en un establecimiento hotelero acompañada de su pareja, poniendo en conocimiento de los servicios sociales que su hijo se encontraba solo en casa de la denunciante. Al acudir a dicho domicilio los servicios sociales, acompañados por la policía municipal, se encontraron con que éste se encontraba acompañado de su abuela.

Doña Águeda solicitó en el momento de presentar denuncia como medida cautelar una orden de alejamiento que fue acordada por el juzgado, prohibiendo al acusado la comunicación con la denunciante.

SEGUNDA.- Los hechos relatados constituyen:

Un delito de de revelación de secretos previsto y penado en el artículo 197,2 en relación con el 198 del Código Penal.

Un delito de coacciones, previsto y penado en el artículo 172,2 del Código Penal

Un delito de *stalking* previsto y penado en el ar. 172 ter del Código Penal.

Los mismos se encuentran en situación de concurso real prevista en el art. 73 en relación con el 172 ter 3 del Código Penal.

TERCERA.- De los hechos relatados es responsable en concepto de autor el encausado Don Bartolomé.

CUARTA.- No se aprecia la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

QUINTA.- Por los delitos señalados procede imponer al acusado las siguientes penas:

- Por el delito previsto en el 197.2 y 197.4 del Código Penal, la pena de cinco años de prisión.
- Por el delito previsto en el 172.2 del Código Penal, la pena de prisión de un año y la accesoria de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres años.
- Por el delito previsto en el 172 ter 2 del Código Penal, la pena de dos años de prisión.
- En aplicación de lo establecido en el art 57.2 del Código Penal, deberá aplicarse como pena accesoria la prohibición de aproximarse a la víctima por un periodo de cinco años.
- Las accesorias previstas en la Ley y el pago de las costas.

SEXTA.- No cabe manifestarse al respecto de la responsabilidad civil al haberse reservado la denunciante su ejercicio en dicha vía.

PRUEBAS

Para la justificación de los hechos expuestos se proponen, como medios de prueba a practicar en el acto del juicio oral, los siguientes.

1º Interrogatorio del acusado

2º Testifical, previa citación, de:

- Los agentes con número de identificación 5668976 y 65446464

3º Documental de lo actuado.

4º Pericial mediante la ratificación y aclaración por parte de Don Gumersindo Clarión, técnico informático responsable del control de acceso al sistema ARGOS, y autor del informe pericial aportado a las actuaciones.

3.- JUSTIFICACIÓN DE LAS CONCLUSIONES PROVISIONALES DE LA DEFENSA

3.1.- CALIFICACIÓN JURÍDICA

3.1.1.- *EL DELITO DE APODERAMIENTO, UTILIZACIÓN O MODIFICACIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DEL 197.2 CP*

3.1.1.1.-Conducta típica

3.1.1.1.- El acceso, apoderamiento, utilización o modificación

La conducta tipificada en el 197.2 del Código Penal consiste en el acceso, apoderamiento, utilización o modificación, sin estar autorizado y en perjuicio de tercero de datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.

MORALES PRATS¹ ha criticado la referencia a “datos familiares” atribuyéndola a un arrastre textual del contenido del art. 18.4 de la Constitución, que no ha tenido en cuenta que este concepto, el de “dato familiar” no aparece en ningún momento en la normativa de protección de datos.

JORGE BARREIRO² entiende que estas acciones se referían a conductas de apoderamiento, requiriendo que la “apropiación”, siguiendo el criterio de los delitos patrimoniales, supusiera la impresión o transmisión del dato a otro soporte informático.

Por su parte SÁNCHEZ ESCRIBANO³, con la idea de diferenciar esta acción de “apoderamiento” de la acción de “acceso” contenido en el mismo artículo, defiende que el concepto de apoderamiento debe entenderse conforme a su dimensión social, la cual lo entronca con la idea de traslado de la posesión. El “apoderamiento” supondría la consecución de una posesión directa e indirecta de los datos, mientras que el “acceso” consistiría en alcanzar los datos, pero sin llegar a conocer los mismos.⁴

El Tribunal Supremo (STS 379/2018 de 23 de Julio⁵) lo entiende con mayor amplitud, incorporando aquellos supuestos en que los datos son copiados, manteniendo intacto el fichero principal, o sólo se obtiene el contenido de la información.

ZÁRATE CONDE, señala⁶ que esta interpretación hace que el concepto de “apropiación” se acerque al de “acceso” que también recoge el precepto.

En nuestro caso, dado que los hechos declarados como probados por la fiscalía no serán

1 MORALES PRATS, F., “Abusos Informáticos”, en *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Director. Quintero Olivares, Gonzalo, Aranzadi, Navarra, año 2011, pág. 1.309.

2 JORGE BARREIRO, A., “El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el código penal de 1995: un análisis del artículo 197 de CP”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 32, Año 2015, pág. 119.

3 MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO, M.I., “Delimitación de los conceptos de acceso y apoderamiento en el delito de descubrimiento y revelación de secretos”, en *Estudio penales y criminológicos*, Vol.XXXVII, Universidad de Santiago de Compostela, año 2017, pág. 439.

4 MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO, M.I. reconoce que esto “supone un adelantamiento de la tutela penal de la tutela penal a un momento anterior al propio acceso a los datos y, en consecuencia, la imposibilidad de exigir la toma de conocimiento de éstos. Este adelantamiento de la barrera punitiva puede parecer excesivo desde una perspectiva político-criminal, pero, desde luego, es el más coherente con el tenor literal del artículo 197.2 en atención al principio de vigencia”, “Delimitación de los conceptos...”, Cit pág.1.477.

5 ECLI: ES:TS:2018:2950

6 ZÁRATE CONDE, A., “La tutela penal de los datos de carácter personal. Una perspectiva jurisprudencial”, en *Diario La Ley*. Número 9422, de 24 de mayo de 2019.

objeto de discusión en este trabajo, tenemos como hecho probado que nuestro cliente accedió a los datos. Aunque aceptemos un concepto más restringido de acceso, lo que resulta manifiesto es que Bartolomé hizo uso de esos datos en su relación con Águeda por lo que estaríamos en el supuesto de “utilización” previsto por la norma.

3.1.1.1.2.- La ausencia de autorización

El art. 197.2 establece, en los dos supuestos recogidos, la ausencia de autorización como requisito para la aplicación del precepto.

Esta existencia de autorización es una causa de justificación. GONZÁLEZ CUSSAC⁷ entiende que si decae la defensa de la protección de la intimidad en el supuesto de autorización es por la existencia de un conflicto con un interés de mayor entidad. Nos encontraríamos ante una causa de justificación porque el legislador, ante este conflicto de intereses, decide justificar la lesión del interés que considera menos digno de protección.

A primera vista, y dado que Bartolomé estaba autorizado para el uso de la aplicación a través de la cual obtuvo los datos, podría pensarse que tal circunstancia convertiría su actuación en atípica, dado que contaba con la autorización del titular del registro para la práctica de consultas en la base de datos.

Tal cuestión viene resuelta, en sentido negativo, en la anteriormente citada sentencia del Tribunal Supremo 379/2018⁸, de 23 de julio (FJ 4º), 40/2016⁹, de 3 de febrero (FJ 2º), ó 525/2014¹⁰ de 17 de junio (FJ 4º) de septiembre.

En ellas, el Tribunal Supremo establece que una cosa es que el sujeto se encuentre autorizado para acceder al sistema en cumplimiento de sus funciones específicas y otra es que se acceda a los datos sin relación con ningún expediente o con una consulta justificada.

Por lo tanto tampoco aquí encontramos argumentos para mejorar la calificación jurídica de los hechos en interés de nuestro defendido.

3.1.1.1.3.- Los datos reservados de carácter personal

El art. 197.2 CP define el objeto de apoderamiento, utilización, modificación o acceso como los “datos de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”.

7 GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en *“Derecho Penal. Parte Especial”*, Coord. González Cussac, J.L. (5ª Ed.) , año 2016, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 250.

8 ECLI: ES:TS:2018:2950

9 ECLI: ES:TS:2016:185

10 ECLI: ES:TS:2015:3892

Será necesario estudiar qué debemos entender por dato personal, qué entendemos por dato reservado y si estos datos personales y reservados deben de tener alguna característica específica para ser objeto de protección penal, a fin de poder valorar si el defendido ha incurrido o no en la conducta típica.

3.1.1.1.3.1.-Datos personales

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo de 27 de abril de 2019 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹¹ define “dato personal” como toda información sobre una persona física identificada o identificable¹².

El mismo Reglamento define la persona física identificable como toda persona cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente. En particular si ello puede llevarse a cabo con un identificador como un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Teniendo en cuenta esta definición no cabe duda que los datos de Doña Águeda a los que D. Bartolomé tuvo acceso, son datos de carácter personal.

3.1.1.1.3.2.- Datos personales reservados

Así como existe una definición legal de dato personal, no existe en cambio una definición legal de lo que cabe entender como “dato reservado”.

El Diccionario del español Jurídico de la RAE¹³ define el “dato reservado” como el dato que no es susceptible de ser conocido por cualquiera.

En su sentencia 1461/2001¹⁴, de 11 de julio, el Tribunal Supremo considera como “sensibles” todos los datos personales, una vez han sido objeto de introducción en el fichero automatizado, dado que la normativa no realiza distinción alguna a la hora de darles protección. Entiende que la manipulación de datos en principio inocuos puede permitir el acceso a información, lo que le lleva a considerar que todos los datos personales automatizados son objeto de protección a través del 197.2 C.P.¹⁵

Por ello, no importaría en principio la trascendencia intrínseca de los datos, no existiría una diferenciación entre datos “objetivamente relevantes para la intimidad” y datos

11 En adelante el “Reglamento”.

12 Art. 4.1.

13 <https://dej.rae.es/lema/dato-reservado> (consulta fecha 23/09/2019).

14 ECLI: ES:TS:2001:6029

15 FJ 3º, apartado 6.

“inocuos” en palabras de la Sentencia núm. 379/2018¹⁶, de fecha 23 de julio.

Para la jurisprudencia, el legislador engloba en el precepto todos los datos personales porque los considera, a todos ellos, merecedores de protección penal.

Por consiguiente en el presente caso no cabe lugar a dudas que los datos de Doña Ágeda a los que Don Bartolomé accedió, relativos a los viajes y estancias hoteleras y recogidas en un fichero electrónico, constituyen datos reservados de carácter personal.

3.1.1.1.3.3.- Datos personales reservados sensibles

Por el Tribunal Supremo, en la sentencia núm. 1328/2009¹⁷, de fecha 30 de diciembre, sí se ha diferenciado entre “datos sensibles” y aquellos que no lo son. Define los datos sensibles como aquellos que por nuestra cultura se consideran dentro del ámbito más restringido de la intimidad¹⁸.

En su sentencia núm. 221/2019¹⁹, de fecha 29 de abril, en aplicación de lo establecido en el Reglamento²⁰, el Tribunal Supremo considera sensibles los datos personales que permitan conocer el origen étnico o racial, la opinión política, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, así como el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida y orientación sexual de una persona física²¹.

Por ello la referencia al carácter reservado de los datos en ningún caso puede ser entendida en el sentido que sólo estos datos especialmente sensibles sea objeto de protección penal. Así lo señala el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 553/2015, de fecha 6 de octubre²².

16 ECLI: ES:TS:2018:2950

17 STS secc 2 núm. 1328/2009 ECLI: ES:TS:2009:8457

18 FJ 10º.

19 ECLI: ES:TS:2019:1383

20 El art. 9,1 dice: “Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física.”

21 FJ 3º.

22 ECLI: ES:TS:2015:4054, que en su FJ 3º dice:

“Ahora bien si debe exigirse que los datos o información pertenezcan al ámbito privado y personal o familiar del sujeto. La STS. 358/2007 de 30.4, recordó que aunque en el segundo apartado del art. 197 se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar, no siendo preciso que pertenezcan al núcleo duro de la privacidad, pues de ser así se aplicaría la agravación del apartado quinto del artículo 197, si es necesario que afecten a la intimidad personal.

Hay que distinguir entre la irrelevancia “objetiva” del contenido e importancia de la información para que la protección penal opere en el caso de datos de carácter personal o familiar, a que se refiere el art. 197.2, que, desde el punto de vista sustancial y aisladamente considerados, son generalmente inocuos; y la necesaria equiparación que debe establecerse entre “secreto” y “reservados” a efectos de la intimidad personal y familiar. En efecto de una interpretación teleológica y sistemática se debe concluir que el término reservados” que utiliza el Código hay que entenderlo como “Secretos” o “no públicos”, parificándose de este modo el concepto con el art. 197.1 CP . Secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca”.

Pero la especial protección de estos datos ya viene establecida en el apartado 5 del art. 197 donde se establece un subtipo agravado para su protección.

Los datos a los que se refiere el caso estudiado no se encuentran dentro de estos “datos sensibles” recopilados en el apartado 5 del art. 197. Ello supone que no resultará de aplicación a D. Bartolomé dicho subtipo agravado, pero en tanto que siguen siendo reservados, la conducta sigue estando incardinada, por lo hasta este momento estudiado, en la definición contenida en el tipo general.

3.1.1.1.4.- El perjuicio de tercero

Hasta este momento podemos concluir que los datos a los que tuvo acceso nuestro defendido eran de carácter personal y reservados, pero no sensibles. Evitamos con ello la aplicación del subtipo agravado del 197.5, però no hemos encontrado argumentos que nos permitan rebatir la tipicidad de la conducta dentro del 197.2.

Será necesario verificar si se da otro de los elementos que aparecen en el precepto: la actuación en perjuicio de tercero.

Para MUÑOZ CONDE²³ la expresión “en perjuicio” define un especial elemento subjetivo del injusto. De la misma opinión es GONZÁLEZ CUSSAC²⁴, quien fundamenta la exigencia de que la actuación se realice en perjuicio de tercero en el hecho de que la partícula “en” expresaría una evidente exigencia de intencionalidad.

En la misma línea se encuentra MORALES PRATS²⁵, para quien la expresión debe de ser interpretada como un elemento subjetivo del injusto equivalente a que el acto se lleve a cabo para descubrir o vulnerar la intimidad de otro, y en particular las garantías que derivan del “habeas data” como expresión de la denominada libertad informática. El mismo autor señala cómo el Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 234/1999, de fecha 18 de febrero²⁶ se aparta de esta interpretación, que era la contenida en la sentencia casada, y defiende que, dado que el delito se consuma tan pronto se accede a los datos, en el momento en que los conoce y tiene a su disposición, debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo. Como se pone de manifiesto en el apartado siguiente, esta línea se ha venido manteniendo en la jurisprudencia más reciente²⁷.

23 MUÑOZ CONDE, F, “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en *Derecho Penal, Parte Especial*, 22ª Ed, Tirant lo Blanch, Valencia, Año 2019, pág. 259.

24 GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Delitos contra...”, Cit.. pág. 250.

25 MORALES PRATS, F., “Abusos Informáticos...”, Cit. Pág. 1.305.

26 ECLI:ES:TS:1999:1105

27 En esa línea se posiciona CORTS MARFIL, S en “Una aproximación al artículo 197.2 del Código Penal vigente”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Navarra, núm. 757/2008.

3.1.1.1.4.1 Exigibilidad en los supuestos de mero acceso

La redacción del tipo ha planteado discusiones acerca de si el requisito del “perjuicio de tercero” que se exige para los supuestos de apoderamiento, utilización o modificación, resulta también exigible en los casos de mero acceso, es decir, cuando no se produce el apoderamiento, uso o modificación de los datos.

En este sentido la Sentencia de la AP de Álava 113/2017²⁸, de 7 de abril, realiza una interesante recopilación de la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho del artículo en este sentido, realizando una interpretación integradora del mismo y exigiendo el requisito del perjuicio para los supuestos de acceso, por cuanto éste es requisito previo para la existencia de los restantes tres supuestos, y carecería de sentido que lo que se exige para éstos no lo fuera para aquel.

Por lo tanto, tanto en el caso de apoderamiento, utilización o modificación como en el de acceso, la norma exige una actuación en perjuicio de tercero al realizar la conducta típica. Así lo entiende el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia núm. 40/2016²⁹, de fecha 3 de febrero, conforme a la cual el perjuicio se exige tanto en los casos de apoderamiento, utilización o modificación como en los de acceso, y no supone que el delito incorpore una finalidad económica, sino que el perjuicio se refiere al peligro de que los datos albergados puedan llegar a ser conocidos por personas no autorizadas.³⁰

En el presente caso no aparecen entre los hechos probados el apoderamiento o la modificación de los datos, sino el mero acceso, por lo que, por lo expuesto, también resulta exigible la existencia de un perjuicio.

3.1.1.1.4.2 Concurrencia del perjuicio: sensibilidad de los datos

Una vez determinado que debe existir perjuicio para apreciar la existencia del delito, será necesario ver qué requisitos deben darse para entender que dicho perjuicio se da en el presente caso.

Para el Tribunal Supremo, la acreditación de la existencia de perjuicio va ligada a la naturaleza de los datos en cuestión, a su “sensibilidad” en los términos recogidos en el antecedente punto A-3-3, siendo el mero acceso suficiente para entender la existencia de perjuicio en el caso de acceso a los datos sensible. Así lo ha expresado el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 553/2015, de fecha 6 de octubre³¹, en la que pone de manifiesto que el acceso a datos sensibles lleva siempre aparejado el perjuicio requerido

28 ECLI: ES:APVI:2017:319

29 ECLI: ES:TS:2016:185

30 FJ 2º

31 ECLI: ES:TS:2015:4054

por el tipo, dada la naturaleza de los mismos. En cambio cuando no se da esa nota de “sensibilidad” del dato al que se ha accedido, resulta necesario que quede acreditada la existencia de dicho perjuicio para que se dé la conducta típica. El mero acceso a los datos sensibles sería suficiente, por sí mismo, para producir el perjuicio típico, mientras que en los datos no sensibles, no es que no exista virtualidad lesiva suficiente para provocar o producir el daño, sino que su efectiva existencia debe de quedar acreditada³².

Cabría plantearse hasta qué punto, para el caso de acceso a datos sensibles, por parte del Tribunal Supremo no se está estableciendo una presunción contraria al reo, al presuponer la existencia de un elemento del tipo sin que sea necesario que la misma quede acreditada.

En todo caso, como antes ya se ha puesto de manifiesto, en el caso estudiado no se ha accedido a datos de carácter sensible. Los datos referentes a alojamientos y embarques no aparecen entre los recogidos en el apartado 197,5 del Código Penal, ni entre los recogidos en el art. 9,1 del Reglamento. En consecuencia para que la conducta fuera típica debería de acreditarse un perjuicio a la denunciante o a terceros por el acceso a dichos datos.

Dicho perjuicio no aparece recogido en los hechos establecidos en el escrito de la fiscalía, donde sólo se pone de manifiesto que el acusado puso en conocimiento de la denunciante el contenido de sus búsquedas.

Sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria o administrativa que de tal actuación pudiera acarrear, lo cierto es que de la misma no se deriva perjuicio alguno para la denunciante dado que ésta era plenamente conocedora de dichas pernoctaciones y viajes.

Al practicarse el acceso sobre datos no sensibles, y no constar la existencia de perjuicio alguno para Doña Águeda, la conducta no resulta típica desde el punto de vista penal.

En consecuencia de la ausencia de perjuicio acreditado en el escrito de acusación, y del carácter “no sensible” de los datos a los que se accedió podemos extraer argumentos suficientes para defender la atipicidad de la conducta y, con ello, la inexistencia de consecuencias penales para la misma.

En todo caso, y por un principio de prudencia, es necesario estudiar también otros elementos de la calificación del delito que pueden comportar un incremento de la pena, para el caso de que por parte del tribunal no se compartiera la conclusión a la que se ha llegado en este punto.

32 FJ 3º

3.1.1.2.- Delito continuado y pluralidad de accesos

El supuesto parte de realización de 10 accesos por parte del defendido. Ello obliga plantearse si, en el caso que la conducta se entendiera como típica, ello podría suponer una mayor pena para el mismo. ¿Cabría aplicar la figura del delito continuado? ¿Se habría cometido un solo delito, o tantos delitos como accesos se llevaron a cabo?.

A ello trataré de dar respuesta en este apartado del trabajo.

3.1.1.2.1.- *Inaplicabilidad de la figura del delito continuado*

El artículo 74 CP. establece que, en caso de delito continuado, podrá castigarse con la pena señalada para la infracción más grave, en su mitad superior, pudiéndose llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado.

Según dicho artículo, existe delito continuado cuando alguien “en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza”

El supuesto parte de la existencia de 10 accesos llevados a cabo por nuestro defendido entre las 4:03 y las 4:55 del 25 de abril de 2016, todos ellos referentes a la misma persona.

Podría plantearse si, dado que en los hechos probados aparecen varias consultas de diferentes bases de datos, resultaría de aplicación las previsiones que para el delito continuado contiene el art. 74.1 del CP.

Para ello se debe acudir al apartado 3 del art. 74 CP. En él se exceptúan de la aplicación del 74.1 CP las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo.

No es éste el caso. El art. 197 se sitúa dentro del título X (delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio). Por ello se trata de un delito contra bienes eminentemente personales por lo que están excepcionados de la aplicación de la figura del delito continuado³³.

Queda claro que no es posible hablar en este caso de delito continuado, pero ¿supusieron los múltiples accesos múltiples delitos?

3.1.1.2.2.- *Pluralidad de accesos y de acciones*

En sentido jurídico penal una sola acción puede estar formada por varios actos. Y así

³³ Y por otro lado no se trata de delitos contra el honor ni la indemnidad sexual, por lo que tampoco resulta aplicable la excepción a la excepción.

mismo, un sólo acto en el mundo físico puede comportar varias acciones en el ámbito penal.

Por ello en el ámbito del derecho penal se analiza la figura de la “acción”. Para concretar qué se entiende por tal se puede acudir a dos parámetros: la voluntad del sujeto que rige y da sentido a esa pluralidad de actos, y la definición de los tipos penales que precisa en cada uno de ellos qué acciones son punibles.(STS núm. 116/2019³⁴, de fecha 19 de febrero).

La voluntad del sujeto acude al concepto de “unidad natural de acción”, según el cual hay una sola acción cuando varios actos individuales de la misma especie, que son producto de una voluntad unitaria, se encuentran en una conexión temporal y espacial tan estrecha que, considerados desde un punto de vista natural, aparecen como unidad.

El uso de los tipos penales acude al “concepto normativo de acción” que se dará cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal GARCÍA SANMARTÍN.³⁵ entiende que se da la unidad natural de acción cuando, aunque ontológicamente concurren varios actos, desde una perspectiva socio-normativa se consideran como una sola acción, es decir, cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una dimensión socio-normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal.

Para el Tribunal Supremo existe una unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones es percibida por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentran vinculadas en el tiempo y el espacio.(STS núm. 826/2017, de fecha 14 de diciembre de 2017³⁶).

Respecto de la aplicabilidad de esta figura a supuestos previstos en el 197.2 del CP la AP de Madrid³⁷ la entiende aplicable cuando el acusado, durante un cierto lapso temporal, realiza, con idéntico propósito e infringiendo el mismo precepto jurídico, diversos actos que tienen también el mismo contenido, con lo que debe de considerarse como una única acción delictiva.

En este caso Don Bartolomé realiza 10 búsquedas, en un periodo de 52 minutos, es decir, dentro del mismo día y la misma hora, en una misma sesión de trabajo. Existe una única decisión, que se realiza en un sólo sitio y en mismo momento.

34 ECLI: ES:TS:2019:732

35 GARCÍA SANMARTÍN, J, “Delito continuado versus pluralidad procesal:hacia una sustantivación de la norma procesal”. en *Diario La Ley*, nº 9155, de 9 de marzo de 2018.

36 ECLI: ES:TS:2017:4484

37 SAPM secc 27ª, núm 447/2018, de fecha 21 de junio. ECLI:ES:APM:2018:8136

Por ello cabe defender que, para el caso de que pese a lo antes expuesto el tribunal considerada la conducta como típica, no nos encontraríamos ante varias acciones típicas sino ante una sólo, por lo que deben entenderse concatenados todos estos hechos en una única acción delictiva, en un único delito.

En consecuencia, en caso de existir, existe un único delito y no puede existir delito continuado.

3.1.1.3.- Subtipos agravados

Siguiendo con esa actuación preventiva a la que me he referido al finalizar el apartado A, se debe considerar también si al presente caso resultan aplicable alguno de los subtipos agravados que recoge el art. 197 CP.

El 197.3 CP se refiere al supuesto de difusión, revelación o cesión a terceros de los datos.

El 197.4.a CP a los supuesto de comisión por parte de las personas encargadas o responsables de los ficheros.

El 197.4.b CP a la comisión mediante el uso no autorizado de datos personales de la víctima.

El 197.5 CP cuando los hechos se refieren a los datos “sensibles”³⁸.

El 197.6 CP si se realiza con fines lucrativos.

El 197.7 CP se refiere a los supuestos de sexting.

El 198 CP a la comisión por autoridad o funcionario público.

Del relato de los hechos sólo se desprenden dos subtipos de posible aplicación, los de los art. 197.4.a y del 198, dado que Don Bartolomé era funcionario del CNP y, en su condición de tal tenía acceso a las bases de datos, por lo que cabría plantearse si se le puede considerar encargado o responsable de la misma.

3.1.1.3.1.- *Comisión por persona encargada o responsable del fichero*

En el presente caso por parte del ministerio fiscal se entiende aplicable la agravante prevista en el 197.4.a CP: la comisión de los hechos por personas encargadas o responsables de los ficheros.

Los concepto de persona encargada y responsable no son conceptos jurídicos indeterminados.

El “encargado”, el “responsable” y el “destinatario” vienen jurídicamente determinados en el art. 4 del Reglamento.

Es responsable del fichero la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento;

³⁸ Ya comentados en el punto 4.1.3.3 de este trabajo.

Es encargado del fichero la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento

Es destinatario del fichero la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo al que se comuniquen datos personales, se trate o no de un tercero.

Si bien el Reglamento UE es posterior al precepto penal, no parece que quede más solución razonable que remitir la definición contenida en el tipo penal a la contenida en dicho reglamento, so pena de obligar la legislador penal a buscar definiciones sin ningún apoyo normativo³⁹

No consta en los hechos reconocidos por la fiscalía que el acusado tuviera entre sus funciones el tratamiento de los datos personales por lo que no puede ser considerado encargado de los mismo.

Tampoco se dice que el defendido determinara los fines y medios del tratamiento de los datos por lo que tampoco puede ser considerado responsable.

En tanto que funcionario del CNP el acusado tenía acceso a dichos datos, lo cual le convertía en un mero usuario del sistema, en un destinatario de los datos.

Ni en el 197.4 ni en ningún otro artículo se establece un subtipo agravado cuando el hecho es cometido por el destinatario del fichero.

En consecuencia, no resulta de aplicación el subtipo agravado del 197.4 del CP al no encontrarse el acusado en ninguno de los supuestos en ella contemplados.

3.1.1.3.2.- Comisión por autoridad o funcionario público

El artículo 198 sigue hablando de “artículo anterior” al referirse al 197 del CP, obviando los cuatro artículos intercalados por la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo. En este sentido MUÑOZ CONDE⁴⁰ defiende que la referencia a las “conductas descritas en el artículo anterior debe entenderse referida a todos los delitos comprendidos en los artículos 197 a 197 quarter, postura esta que, por un lado es lógica si tenemos el cuenta que posiblemente se trate de un error del legislador al aprobar la Ley Orgánica 1/2015, pero por otra puede plantear serias dudas acerca del cumplimiento del principio de legalidad.

El precepto establece que las penas del citado artículo se impondrán en su mitad superior, añadiendo la inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, cuando las citadas acciones sean llevadas a cabo por autoridad o funcionario público, sin mediar causa legal por delito y prevaleciéndose de su cargo.

39 CARUSO FONTAN, M.V., “La responsabilidad penal de los encargados de bases de datos de ADN frente a la cesión de información contenida en los registros”, en *Revista de Derecho Penal*, num 40/2013, pág. 37.

40 MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal...*, Cit., pág. 265.

Parece que el precepto tuviera sólo en mente la actuación de los cuerpos de seguridad y la administración de justicia al establecer el precepto, dado que no se entiende la exigencia de que medie “causa legal por delito” cuando se pudiera tratar de ficheros tan “sensibles” como los que gestiona la administración sanitaria o los servicios sociales.

MUÑOZ CONDE⁴¹ también señala que esta inexistencia de investigación de un delito al desarrollarse la conducta distingue este delito del previsto en los art. 534 a 536 CP, donde se tipifican extralimitaciones de este tipo durante la investigación de delitos.

En todo caso, de haberse dado todos los elementos de la conducta típica, difícilmente se hubiera podido argumentar en contra de la aplicabilidad de este precepto, más allá de la referencia a la interpretación literal del precepto a la que se ha hecho referencia al principio.

3.1.2.- EL DELITO DE STALKING DEL 172 TER CP

El art. 172 ter del CP tipifica el *stalking* como el acoso a una persona mediante alguna de las conductas que recoge el artículo cuando ello se lleve a cabo de forma insistente y reiterada, sin estar legalmente autorizado, y alterando gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

3.1.2.1· El concepto de *stalking* o acoso

Para VILLACAMPA ESTIARTE⁴² el concepto de *stalking* se compone de tres elementos. El primero sería la existencia de un patrón de conducta insidioso y cuyo contenido puede ser diverso, integrado por conductas persecutorias de la víctima. El segundo elemento es la ausencia de consentimiento de la víctima y el tercero que la actuación sea capaz de generar en la víctima un desasosiego o temor.

Sin entrar en las diferentes posturas existentes en la doctrina en referencia al uso de la palabra “acosar”⁴³, como por ejemplo las sostenidas por MOYA FUENTES⁴⁴ o ROIG

41 MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal...*, Cit.. pág. 264.

42 VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El cyberstalking como manifestación de la violencia de género 2.0 y su incriminación de derecho penal español”, en *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Coord. Morales Prats, F., Aranzadi, Navarra, 2018, pág. 1.114.

43 Por parte de MOYA FUENTES se critica el “bucle léxico” que supone construir el desvalor de la acción en torno al verbo “acosar”, dado que éste no aporta ninguna información adicional sobre la acción típica. En cambio ROIG TORRES, considera que la palabra “acosar”, en tanto que tiene un significado propio que implica perseguir a alguien o apremiarle de forma insistente o molesta, sí puede emplearse al describir el tipo. Señala así mismo la autora la existencia de un problema al transponer la norma alemana, donde la conducta se define como “perseguir”, pudiendo ser la persecución tanto legítima como ilegítima, mientras que el término “acosar” utilizado en España, siempre supone una actuación ilegítima.

44 MOYA FUENTES, M, “Víctima y victimario del stalking”, en *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza*, Coord. Gomés-Jara Díez, C., Aranzadi, Navarra, 2018, pág 343.

TORRES⁴⁵, si acudimos al diccionario del español jurídico de la RAE⁴⁶, éste nos refiere a términos como hostigar, acorralar, intimidar, agobiar o importunar.

La conducta descrita puede ser considerada como de hostigamiento o agobio.

Por lo tanto, para nuestra defensa será necesario estudiar los otros elementos que contiene el tipo, para intentar determinar cuál es la conducta tipificada, y si cabe no incardinar dentro de la misma los hechos cometidos por el defendido.

3.1.2.2.- Modalidades comisivas

El 172.ter recoge cuatro posibles modalidades de comisión del delito.

La primera consistiría en vigilar, perseguir o buscar la cercanía física de la víctima. Si bien en estos casos no se requiere que llegue a existir contacto físico con la víctima, sí se requiere que ésta llegue a ser consciente de la acción, ya que de otro modo es imposible que la misma altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana,

La segunda sería establecer o intentar establecer contacto con la víctima a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. En este caso parece que el artículo equipara la comisión con la tentativa, lo cual ha sido criticado por MOYA FUENTES⁴⁷, como contrario al principio de proporcionalidad, por lo que debería interpretarse en el sentido que, para que los meros intentos alcancen la gravedad necesaria para ser típicos, deberán darse junto con otras modalidades comisivas previstas en el artículo⁴⁸.

VILLACAMPA ESTIARTE no encuentra en ello un problema grave por cuanto entiende que resulta altamente improbable que la mera tentativa de contacto sea capaz de provocar el resultado típico, que incluye la alteración de la vida cotidiana de la víctima. Opino que respecto de este punto debería tenerse en cuenta que el tipo prevé la reiteración de la conducta.

Que no se consiga establecer contacto no impide que dicho intento infructuoso no contabilice a efectos de la reiteración, con lo que podría darse en caso que sólo un contacto efectivamente llevado a cabo que alterase la vida de la víctima fuera suficiente para integrar la conducta típica si fuera acompañado de varios intentos infructuosos.

La tercera sucedería al hacer un uso indebido de los datos personales de la víctima para adquirir productos o mercancías, o contratar servicios o hacer que terceros se pongan en

45 ROIG TORRES, M, "Regulación del delito de acoso o "Stalking" en España y Alemania. Contraste Jurisprudencial", en *Políticas Públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Coord. Guzmán Ordaz, R., Universidad de Salamanca, año 2019, *pág.* 743.

46 dej.rae.es

47 MOYA FUENTES, M, "Víctima y ...", *Cit.*, *pág.* 344.

48 Como se ha avanzado y luego se expondrá, el art. 172 TER exige la insistencia y reiteración, por lo que una sola acción no puede resultar típica, sino que se requerirán varias de éstas.

contacto con ella, en cuyo caso fácilmente nos encontraremos con situaciones de concurso con delitos de falsedad.

Por último nos encontraríamos en la cuarta al atentar contra la libertad de la víctima o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. MOYA FUENTES⁴⁹ entiende que el supuesto está más destinado a dar respuesta a acciones de vandalismo.

ROIG TORRES⁵⁰ ha criticado que, contra lo previsto en el Convenio de Estambul⁵¹, el artículo no ha recogido las amenazas entre las conductas típicas, a diferencia de su homólogo alemán.

En este caso la conducta de nuestro defendido tendría en principio encaje en la segunda de las modalidades comisivas, es decir, en el establecimiento de contacto con la víctima.

3.1.2.3. Insistencia y reiteración

Para MUÑOZ CONDE⁵² la insistencia y reiteración se dan cuando, como mínimo, se acredita existencia de tres hechos típicos en un corto periodo de tiempo.

En cambio ROIG TORRES⁵³ considera que no puede precisarse de antemano el número de actos necesarios, sino comprobar si existe una conducta sistemática.

En todo caso, por parte del Tribunal Supremo, en Sentencia núm. 324/2017⁵⁴, de fecha 8 de mayo, se ha dejado ya claro que la reiteración de que habla el precepto es compatible con la combinación de distintas formas de acoso, es decir, se puede conseguir con actuaciones de diferente naturaleza y encuadrables en varias de las cuatro modalidades de acción que recoge el 172 ter.

Tal y como ha puesto de manifiesto MOYA FUENTES⁵⁵, parece ineludible una reforma del precepto para reformular y determinar con mayor precisión el comportamiento delictivo ante la falta de un criterio común para determinar cuál ha de ser la frecuencia y el lapso temporal en el que se produzcan los comportamientos de hostigamiento.

Creo que no puede desligarse la insistencia y reiteración de la pluralidad de modalidades comisivas que el tipo permite. Una de las formas en las que puede ponerse de manifiesto la insistencia, la voluntad de la “persecución sin tregua al que se refiere la RAE”, reside en la naturaleza de las acciones que son llevadas a cabo por el autor.

49 MOYA FUENTES, M., “Víctima y ...”. Cit., pág. 345.

50 ROIG TORRES, M., “Regulación del delito...”, Cit., pág. 746.

51 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE 137 de 6 de junio de 2.014.

52 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, Cit., pág. 159.

53 ROIG TORRES, M., “Regulación del delito...”, Cit., pág. 744.

54 ECLI: ES:TS:2017:1647

55 MOYA FUENTES, M., “Víctima y victimario del stalking”, en *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza*, Coord. Gómez-Jara Díez, C., Aranzadi, Navarra, año 2018, pág. 363.

Determinadas acciones pueden poner de manifiesto una mayor preparación, un mayor esfuerzo y un mayor periodo de reflexión previo a su ejecución por el autor que otras, y con ello, un mayor grado de insistencia. La insistencia no se exterioriza en el mismo grado en el caso de unos mensajes enviados por el móvil, que requieren mínimo esfuerzo físico y pueden materializarse prácticamente en el mismo momento en que son concebidos, que en acciones directas contra el patrimonio o la libertad de la víctima que prevé el apartado cuarto y que puedan requerir de un desplazamiento previo, o una preparación de su autor, así como de un mayor esfuerzo que las anteriores. Considero que las segundas ponen de manifiesto una mayor voluntad del autor de seguir actuando, de persistir, que es, en definitiva, lo que supone la insistencia.

Hay que tener en cuenta que son los mismos actos los que se van a utilizar para valorar tanto la insistencia como la reiteración, por lo que, aún cuando sean conceptos separados, el estudio de la existencia de insistencia y reiteración va a ir íntimamente ligados. La reiteración por sí sola no nos puede bastar para valorar si hay o no voluntad de insistir si no se tienen en cuenta y valoran cuáles son esos actos y en qué forma y manera ponen de manifiesto una voluntad de continuar con la actuación.

En este sentido, en el caso estudiado en la sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife núm. 396/2017⁵⁶, de 21 de septiembre, se valora que ni el número de mensajes ni los intentos de contacto superaron lo que se valoró como un “normal interés “ en reanudar una relación.

Respecto de nuestro caso, los hechos que vienen dados se refieren a los mensajes como “ingentes”, `por lo que cabe entender que sí se da el supuesto de reiteración y se desarrollan durante varios meses (entre junio de 2016 y febrero de 2017). Difícilmente podremos argumentar en el presente caso que no se dé cumplimiento a la necesidad de insistencia.

3.1.2.4.- Ausencia de autorización legítima

CUERDA ARNAU⁵⁷ entiende que esta cláusula es una superflua remisión a las cláusulas de justificación genéricas. Si un sujeto está legitimado para acosar/perseguir a otro, ello supone que está obrando en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo⁵⁸. También MUÑOZ CONDE⁵⁹ considera esta cláusula redundante.

Sin embargo, el Consejo de Estado⁶⁰, al analizar el proyecto de ley, puso de manifiesto

56 ECLI:ES:APTF:2017:1261

57 CUERDA ARNAU, M., “Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, Coord. González Cussac, J.L., Tirant lo Blanch, año 2016, pág. 139.

58 Art. 20.7 CP

59 MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal...*, Cit., pág. 159.

60 Dictamen del Consejo de Estado 358/2013 de fecha 27 de junio.

que de la introducción de esta expresión podría llegarse a entender, sensu contrario, la posibilidad de acoso cuando se está legítimamente autorizado, cuando el acoso, en sí mismo, en ningún caso podría estar justificado o amparado por la norma.

Con independencia de lo anterior, existe una línea jurisprudencial que tiene en cuenta, a la hora de estudiar la tipicidad o no de una conducta, el comportamiento del sujeto pasivo del delito en casos en los que existe un enfrentamiento entre la víctima y el autor, donde los comentarios son cruzados entre ambas partes.

La Audiencia Provincial de Madrid en sentencia núm. 686/2018⁶¹, de 3 de octubre, valora el hecho de que la víctima participe de forma activa y voluntaria de las conversaciones, más allá del contenido de las mismas. Esta participación de la víctima, la interpelación al sujeto activo y la ausencia de un rechazo real a la comunicación, impiden hablar de una falta de autorización legítima.

En la misma línea, la AP de Madrid dictó sentencia núm. 537/2017⁶², de fecha 7 de septiembre, absolutoria, partiendo del hecho de que tanto denunciante como denunciada se habían llamado en numerosas ocasiones, o la sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife 216/2018⁶³, de 26 de junio, que tuvo en cuenta que los mensajes fueran respondidos sin muestra alguna de incomodidad para entender atípica la conducta.

En el relato de los hechos que lleva a cabo la fiscalía, si bien existe una alta cantidad de mensajes, éstos son cruzados entre ambas partes, es decir, que los mensajes del acusado son objeto de contestación.

Es posible utilizar esa línea jurisprudencial para argumentar que no nos encontramos ante un mero establecimiento de contacto unidireccional, sino ante una verdadera conversación bidireccional donde la comunicación de cada lado se encuentra legitimada por la interpelación que se contiene en las respuestas que le llegan del otro lado.

Desde esta interpretación es posible la defensa del cliente sobre la base de la atipicidad de la conducta, dado que este se encontraba legítimamente autorizado, no para acosar a su expareja, sino para mantener una conversación, una discusión, en la que ambos estaban tomando parte.

3.1.2.5.- La alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima

SÁNCHEZ VILANOVA⁶⁴ pone de manifiesto que esta configuración de *stalking* como un delito de resultado supone una fuente de gran inseguridad jurídica, al no concretarse en el

61 ECLI: ES:APM:2018:14741

62 ECLI: ES:APM:2017:11367

63 ECLI: ES:APTF:747

64 SÁNCHEZ VILANOVA, M., "El delito de Stalking tres años después de su entrada en vigor", en *Revista General de Derecho Penal*, nº29, año 2018, pág. 13.

tipo penal en qué consiste esa alteración.

De hecho, la AP de Santa Cruz de Tenerife, en su sentencia núm. 394/2017⁶⁵, de 20 de septiembre, ha llegado a poner de manifiesto las dificultades que se derivan de la falta de concreción en la definición de la conducta típica⁶⁶.

La Sentencia de la AP de Tarragona núm. 327/2018⁶⁷, de 29 de octubre, incluso ha abogado por una reforma del texto legal⁶⁸.

CUERDA ARNAU⁶⁹ hace especial hincapié en que la alteración ha de ser evaluable objetivamente, así como insiste en la necesidad de una interpretación restrictiva que evite excesos punitivos, dado que la acción puede venir conformada por una serie de conductas que, si bien individualmente consideradas no coarten la libertad de obrar de la víctima, observadas en su conjunto y dotadas de insistencia y reiteración, sí lo hagan.

El Tribunal Supremo ha establecido que nos encontramos ante un delito de resultado⁷⁰, señalando que “para valorar esa idoneidad de la acción secuenciada para alterar los hábitos cotidianos de la víctima hay que atender al estándar del “hombre medio”, aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica, ...) que no pueden ser totalmente orilladas.”⁷¹.

En este punto resulta especialmente interesante la aportación de ROIG TORRES⁷² al comparar la normativa española con la alemana⁷³ y poner de manifiesto la evolución que ha tenido esta última.

En tanto que delito de resultado, debería resultar aplicable al mismo las previsiones del art. 16.1 del CP y ser penalmente sancionada su comisión en grado de tentativa.

65 ECLI:ES:APTF:2017:1259

66 “No estamos en condiciones de especificar hasta el detalle cuando se cubren las exigencias con que el legislador nacional ha querido definir la conducta punible (cuando hay insistencia o reiteración o cuando adquiere el estatuto de grave la necesidad de modificar rutinas o hábitos) pero sí de decir cuando no se cubren esas exigencias”

67 ECLI:APT:2018:1905

68 “Es de desear que en el futuro próximo el legislador contemple la conveniencia de modificación del elemento resultado contribuyendo a su mejor determinación, Hasta entonces los operadores jurídicos tenemos que jugar con las cartas que nos han sido dadas que, insistimos, en el caso del delito objeto de enjuiciamiento, no se caracterizan por su necesaria precisión, pero teniendo claro la necesidad de realizar interpretaciones restrictivas que eviten excesos punitivos”.

69 CUERDA ARNAU, M, “Delitos contra...”, Cit., pág. 139.

70 “Por tanto, se está ante un delito de resultado en la medida en que se exige que las referidas conductas causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo” (Sentencia núm. 554/2017, de fecha 12 de julio -ECLI: ES:TS:2017:2819-.

“la diversidad tipológica y de circunstancias de las conductas acosadoras impiden estimar producido el resultado, un tanto vaporoso pero exigible, que reclama el tipo penal: alteración grave de la vida cotidiana” (Sentencia núm. 324/2017 de fecha 8 de mayo -ECLI: ES:TS:2017:1647-

71 Sentencia 324/2017 de 8 de mayo -ECLI: ES:TS:2017:1647-

72 ROIG TORRES, M, “Regulación del delito ...”, Cit., pág. 748.

73 El StGB, tras la introducción del tipo de *stalking* en el C.P. Español, modificó su art. 238, pasando de concebir el *stalking* como un delito de resultado a hacerlo como un delito de idoneidad, por lo que en la actualidad basta con la adecuación objetiva de la conducta para producir el resultado. Basta solamente que la conducta sea idónea par que obligue a la víctima a modificar de forma grave su vida cotidiana, con lo cual la pena ya no depende de la reacción de la víctima, sino de las características de la conducta del autor.

Pese a ello, no se encuentran sentencias en que se condene por *stalking* en grado de tentativa. Parece que, en vez de ello, los tribunales son más propensos a considerar la conducta como atípica cuando no queda acreditada la consecución del resultado previsto en el tipo, sin entrar a valorar si la acción llevada a cabo era idónea o no para la consecución de ese resultado.

Respecto de la determinación de la existencia de esta alteración de la vida de la víctima, no es infrecuente encontrar sentencias que utilizan, como un elemento determinante para entender la existencia de dicha alteración del desarrollo de la vida cotidiana, la concesión previa de una orden de alejamiento como medida cautelar en ese u otro procedimiento. Así, son varias las sentencias de Audiencias Provinciales⁷⁴ que siguen este criterio. Algunas de ellas fundamentándose en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 554/2017⁷⁵, de fecha 12 de julio.

Cabría plantearse hasta qué punto es aceptable que la medida cautelar llegue a constituirse en un elemento de prueba de la tipicidad de la conducta, cuando uno de los elementos fundamentales de la medida cautelar, en cualquier jurisdicción, es no prejuzgar el resultado del proceso.

Por supuesto no me refiero supuestos en que los elementos que dieron lugar la aplicación de la medida cautelar son valorados en la sentencia como suficientes para acreditar la alteración, sino a aquellos en que es única y exclusivamente la existencia de la medida cautelar la que se usa para entender existente este elemento del tipo, sin que la sentencia llegue a valorar los hechos que justificaron la adopción de la medida cautelar.

Respecto de nuestro caso, la descripción de los hechos realizada por la fiscalía no hace referencia alguna a las consecuencias de la acción que el tipo exige. No recoge alteración alguna de la vida de la víctima y, menos aún, que dicha alteración sea grave. Por lo tanto podemos defender que la conducta resulta atípica, por cuanto no se acredita la alteración grave de la vida cotidiana que el tipo requiere.

En todo caso teniendo en cuenta la posibilidad de que el el tribunal no comparta esta interpretación y entienda suficiente que la conducta resulta idónea para la consecución del resultado, aunque este no se acredite, cabe alegar, con carácter subsidiario, la calificación de la comisión del delito en grado de tentativa, con la consecuente reducción de la pena a imponer

Del mismo modo, y para cubrir la posibilidad de que, pese a lo expuesto, el juzgado entienda típica la conducta, resulta necesario el estudio de los subtipos agravados y la

74 V.Gr. Sentencias AP Sevilla 476/2017 de 16 de octubre (ECLI:ES:APSE:2017:2015), AP Sevilla 529/2017 de 16 de noviembre (ECLI:ES:APSE:2017:2049), AP Ourense 276/2018 de 3 de diciembre (ECLI:ES:APOU:2018:753).

75 ECLI: ES:TS:2017:2819

regla concursal contenida en el artículo.

3.1.2.6.- Subtipos agravados

El artículo 172 ter recoge dos subtipos agravados, ambos en función de las circunstancias de la víctima.

3.1.2.6.1.- *Víctimas en situación de vulnerabilidad*

Cuando la víctima se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a doce años. Se incrementa pues, el límite inferior de la pena, que pasa de 3 meses del tipo básico a 6 en este subtipo agravado, sin que se altere el límite superior de dos años.

En el presente caso, en ningún momento se pone de manifiesto que en la víctima se dé esta circunstancia de especial vulnerabilidad

3.1.2.6.2.- *Víctimas inscribibles en los supuestos del 173.2*

El 173.2 CP se refiere a los siguientes tipos de víctimas:

- Quien sea o haya sido cónyuge o persona ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia.
- Descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente.
- Menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan o él o se encuentren sujetas a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar.
- Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guardia en centros públicos o privados.

Nuestro caso sí que puede ser catalogado dentro de este supuesto dado que partimos como hecho probado de la existencia de una previa relación sentimental con la víctima que se alargó durante 4 años.

Por lo tanto, en caso de entenderse la acción como típica y el delito como consumado, el límite inferior de la pena a imponer no sería los tres meses sino un año

3.1.2.7.- La cláusula concursal

Viene establecido en el apartado 3 del art. 172 CP que las penas previstas en el artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

Según CUERDA ARNAU⁷⁶, la adecuación al principio de proporcionalidad de esta solución es discutible.

Para SÁNCHEZ VILANOVA⁷⁷ esta redacción puede llegar a suponer una vulneración del principio ne bis in idem cuando las conductas concretas que llevan a existencia del delito de *stalking* sean catalogables como delitos de amenazas o coacciones, dado que en este caso el bien jurídico protegido es el mismo: la libertad. Propone la catalogación del delito como subsidiario, es decir, que sólo resultaría de aplicación cuando las conductas concretas que han llevado a su existencia no supongan un delito más grave.

Que el bien jurídico protegido en el delito de *stalking* es la libertad viene recogido en la Sentencias del Tribunal Supremo núm. 324/2017⁷⁸, de 8 de mayo y núm. 557/2017⁷⁹, de 12 de julio.

ROIG TORRES⁸⁰ defiende que para integrar el supuesto de hecho del apartado 4 del 172.ter.1 los ataques contra la libertad y el patrimonio deben venir constituidos por hechos menores no delictivos, puesto que en caso contrario la aplicación de esta cláusula concursal vulneraría el principio ne bis in idem.

En cambio, para ESCOBAR JIMENEZ⁸¹ sólo las coacciones realizadas por el mismo autor, y no por terceros, quedarían embebidas en los actos de hostigamiento, pero en ningún caso las amenazas u otros actos contra la libertad, ni menos contra el patrimonio.

La AP de Madrid, en su sentencia núm. 447/2018⁸², de 21 de junio, entiende que un delito leve de vejaciones injustas quedaba absorbido por la conducta más amplia que integraba el delito de *stalking*.

En nuestro caso, por parte de la fiscalía se solicita un año de prisión en aplicación de lo dispuesto en el 172.2 CP y dos en aplicación de lo dispuesto en el 172 ter 2.

Sin perjuicio de que para nuestra defensa entendamos la conducta como atípica por lo antes expuesto y, para el caso de que por parte del juzgado no se entendiera así, cabe poner de manifiesto la vulneración del principio ne bis in idem en el planteamiento de la fiscalía, pese a la redacción del 172-ter:3, dado que el bien jurídico protegido en ambos artículos es el mismo.

En definitiva, de lo expuesto obtenemos que es posible defender la atipicidad de la conducta de nuestro defendido tanto en base a la existencia de una autorización legítima tácita como en base de la inexistencia de una alteración grave de la vida cotidiana de la

76 CUERDA ARNAU, M., “*Delitos contra...*”, Cit., pág. 140.

77 SÁNCHEZ VILANOVA, M., “El delito de Stalking ...”, Cit., pág. 21.

78 ECLI:ES:2017:1647

79 ECLI:ES:2017:2826

80 ROIG TORRES, M., “Regulación del delito ...”, Cit., pág. 746.

81 ESCOBAR JIMENEZ, R., “Título VI.- Delitos contra la libertad” en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, (4ª Ed.), Comares, Granada, año 2018, pág. 906.

82 ECLI:ES:APM:2018:8136

denunciante.

Con carácter subsidiario, si por el juzgado se entendiera que la conducta sí es típica, podemos plantear que no se trata de un delito consumado sino en grado de tentativa, y la vulneración del principio *ne bis in idem* en la calificación de la fiscalía.

3.2.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

No existen elementos relevantes en este punto, dado que en todo caso nuestro defendido es autor directo y mediato de las acciones, sin perjuicio de la calificación jurídica de las mismas.

3.3.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD

Respecto de este punto, aún cuando no han sido tomadas en cuenta por la fiscalía en su calificación, cabe tener en cuenta la posible aplicación de dos circunstancias agravantes: la agravante de comisión del delito por motivos de género del 22.4 CP y la circunstancia mixta de parentesco del 23 CP.

Establecida la compatibilidad entre ambas por el tribunal Supremo en Sentencia núm. 565/2018⁸³, de fecha 19 de noviembre, resulta imposible de evitar, de entenderse la conducta como típica, la aplicación como agravante de la circunstancia mixta de parentesco prevista en el art. 23 del CP. Respecto del carácter de dicha circunstancia se pronuncia la misma sentencia, señalando que se trata de un elemento objetivo, constituido en nuestro caso por haber estado ligadas las partes de forma estable por una relación de afectividad análoga al matrimonio.

Más discutible en su aplicación resulta la agravante de del 22.4 CP en referencia a la existencia de razones de género en la comisión del delito, en especial una vez por parte del Tribunal Supremo, en sentencia núm. 99/2019⁸⁴, de fecha 26 de febrero, se ha entendido que para su aplicación no resulta necesaria la acreditación de ningún específico elemento subjetivo. No se requiere que el agresor sea consciente de que tiene una conducta patriarcal y machista, sino que basta que la acción realizada, en el contexto relacional de las partes, da lugar y son reflejo de una discriminación.

En nuestro caso no se plantea en el escrito de calificación provisional de la fiscalía, pero, de cara a su posible planteamiento en la vista. resulta necesario llevar preparada la defensa de la inexistencia de discriminación en las discusiones entre las partes, mediante la preparación del testimonio del defendido y la aportación de testigos que pongan de manifiesto que, pese a la existencia de discusiones entre ellos, en su relación no existía

83 ECLI: ES:TS:2018:3757

84 ECLI: ES:TS:2019:591

unos elementos de naturaleza machista del que las discusiones fueran manifestación.

3.4.- PENA

En el estudio hemos encontrado fundamentos para defender la atipicidad de los delitos de revelación de secretos y stalking. En consecuencia podemos plantear que ninguna pena debe de ser impuesta a nuestro defendido.

3.5.- RESPONSABILIDAD CIVIL

No se plantea en este caso por cuanto no existe acusación particular y la denunciante hizo expresa reserva de sus acciones al respecto para su ejercicio ante la jurisdicción civil.

4.- CONCLUSIONES

Primera.- En el delito de descubrimiento y revelación de secretos, cuando el art. 197.2 CP se refiere a la existencia de autorización como causa de inexistencia del tipo, no se está refiriendo a una autorización genérica para el uso de la base en la que los datos se encuentran, sino a una autorización específica para el acceso a unos concretos datos.

No basta con que el autor se encuentre autorizado a acceder a la base de datos, sino que la causa de justificación exige la existencia de un permiso que legitime el acceso a unos datos específicos, por que dichos datos deben tener alguna relación con el expediente o causa que justifica la autorización de la consulta.

Segunda.- Todos los datos personales son objeto de protección una vez se han introducido en un fichero automatizado.

El hecho de que la manipulación de datos, en principio inocuos, en ficheros automatizados pueda permitir el acceso a información, hace que todos los datos personales insertados en dichos ficheros sean objeto de protección penal.

Tercera.- Conforme a la redacción del art. 197 CP la sensibilidad de los datos no debe determinar la existencia o no de delito, sino la aplicación o no del subtipo agravado.

No obstante, el Tribunal Supremo entiende que todo acceso a datos sensibles es suficiente por sí mismo para considerar que existe perjuicio, con lo cual ya no liga la sensibilidad del dato con la existencia de un subtipo agravado, sino con la tipicidad de la conducta.

Cuarta.- Dado que el art. 197.2 CP protege bienes eminentemente personales, no resultará de aplicación al mismo la figura del delito continuado, aún cuando se produzcan múltiples accesos a los datos.

Ello sin perjuicio de que la multiplicidad de accesos pueda comportar la existencia de varias acciones delictivas.

Quinta.- Las figuras de los responsables y los encargados del fichero a la que se refiere el subtipo agravado recogido en el art. 197.4 CP no son conceptos jurídicos indeterminados, sino que vienen específicamente recogidas y definidas en la normativa de protección de datos. Son figuras distintas de los meros usuarios del sistema.

Por lo tanto, no deben caber en materia penal interpretaciones extensivas de estos conceptos que permitan la aplicación del subtipo agravado a quienes, según la normativa en la materia, no sean ni responsables ni encargados del fichero.

Sexta.- En los casos de stalking no es necesario que todos los intentos de acceso de la víctima por el autor lleguen a consumarse para que pueda llegar a configurarse la acción típica, dado que la misma se refiere tanto a accesos como a intentos de acceso.

Sí resulta imprescindible, no obstante, que alguno o algunos de ellos lo haga ya que, de lo contrario, resultaría imposible que motivaran otro de los requisitos del tipo, como es el ser causa de una alteración grave de la vida cotidiana de la víctima.

Séptima.- Los intentos infructuosos de acceso si que pueden colaborar a la tipicidad de la conducta, siempre que vayan acompañados de algún o algunos intentos de acceso efectivos.

Ello es así porque, pese a que no se llegue a contactar con la víctima, si permiten dar cumplimiento a la exigencia de reiteración establecida en el tipo.

Octava.- El delito de *stalking* requiere la reiteración y la insistencia en el acoso.

La reiteración tiene una naturaleza objetiva, computándose los accesos o intentos de acceso sin que la naturaleza de los mismos afecte a dicho cómputo.

En cambio, la insistencia tiene una naturaleza subjetiva. Requiere una voluntad del autor de continuar en sus acciones. Esta voluntad si puede ponerse de manifiesto en la naturaleza de las acciones que ejecuta, ya que diversos tipos de actuación reflejan distintos grados de voluntad en su ejercicio.

Por lo tanto, la naturaleza de los actos, si bien no puede servir de criterio para determinar la reiteración, sí puede serlo para establecer el grado de insistencia en la conducta de acoso.

Novena.- Al tratarse el *stalking* de un delito de resultado, debería ser posible la condena del mismo en grado de tentativa cuando la ejecución de la acción tipificada no desembocara en la creación del resultado previsto en el tipo, es decir, la alteración grave de la vida cotidiana del sujeto pasivo del delito.

Ello no obstante, numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales están considerando la conducta como atípica en aquellos casos en que no queda acreditada un alteración grave de la vida cotidiana, a margen de la idoneidad o no de la conducta desarrollada para provocar dicha alteración.

BIBLIOGRAFIA

CARUSO FONTAN, V., “ La responsabilidad penal de los encargados de bases de datos de ADN frente a la cesión de información contenida en los registros”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 40/2013.

CORTS MARFIL, S., “Una aproximación al artículo 197.2 del Código Penal vigente”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Navarra, núm. 757/2008.

CUERDA ARNAU, M., “Delitos contra la libertad (y II): Amenazas.Coacciones”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, Coord. González Cussac, J.L., 5ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, año 2016.

ESCOBAR JIMENEZ, R., “Titulo VI.- Delitos contra la libertad” en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 4ª Ed., Comares, Granada, año 2018.

GARCÍA SANMARTÍN, J, “Delito continuado versus pluralidad procesal: hacia una sustantivación de la norma procesal”. en *Diario La Ley*, nº 9155 de 9 de marzo de 2018.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.I., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, Coord. González Cussac, J.L., 5ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, año 2016.

JORGE BARREIRO, A.,”El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el código penal de 1995: un análisis del artículo 197 de CP”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 32, año 2015.

MONTSERRAT SÁNCHEZ ESCRIBANO, M.I., “Delimitación de los conceptos de acceso y apoderamiento en el delito de descubrimiento y revelación de secretos”, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol.XXXVII, Universidad de Santiago de Compostela, año 2017.

MORALES PRATS, F.,”Abusos Informáticos”, en *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Direc. Quintero Olivares, Gonzalo, Aranzadi, Navarra, 2011.

MOYA FUENTES, M., “Víctima y victimario del *stalking*”, en *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza*, Coord. Gomés-Jara Díez, C., Aranzadi, Navarra, 2018.

MUÑOZ CONDE, F., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en *Derecho Penal, Parte Especial*, 22ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia. 2019.

ROIG TORRES, M., “Regulación del delito de acoso o “Stalking” en España y Alemania. Contraste Jurisprudencial”, en *Políticas Públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Universidad de Salamanca, 2019.

SÁNCHEZ VILANOVA, M., “El delito de Stalking tres años después de su entrada en vigor” en *Revista General de Derecho Penal*, N°29, 2018.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El cyberstalking como manifestación de la violencia de género 2.0 y su incriminación de derecho penal español”, en *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Coord. Morales Prats, F., Aranzadi, Navarra, 2018.

ZÁRATE CONDE, A., “La tutela penal de los datos de carácter personal. Una perspectiva jurisprudencial”, en *Diario La Ley*, núm. 9.422, de 24 de mayo de 2019

ANEXO

CONCLUSIONES PROVISIONALES DE LA DEFENSA

A LA SALA

D. Paulino Procura, Procurador de los Tribunales, en la representación que tengo acreditada de D. Bartolomé, acusado en el sumario número 666/2019 procedente del Juzgado de Instrucción nº 6 de Vinaròs, por los supuesto delitos de apoderamiento de datos de carácter personal, coacciones y stalking, comparezco ante la Sala y, como mejor proceda en derecho, DIGO:

Que, conforme a lo preceptuado en el artículo 652 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, manifiesto mi disconformidad con los escritos de **calificación provisional** de la Fiscalía y formulo escrito con base en las siguientes:

CONCLUSIONES PROVISIONALES

PRIMERA.- Disconforme con la correlativa del Ministerio Fiscal y del acusador particular.

Los hechos que realmente sucedieron fueron los siguientes:

Don Bartolomé, de nacionalidad española, mayor de edad en cuanto nacido en 14 de mayo de 1975 y sin antecedentes penales, mantuvo una relación sentimental con convivencia con Doña Águeda durante 4 años, habiendo cesado la misma en abril de 2014 por mutuo acuerdo de ambas partes, sin que por parte de mi representado se haya planteado en ningún momento desde tal fecha su reanudación.

Fruto de la relación nació un hijo que en la actualidad tiene 5 años. Ambos son funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

Preocupado por si la madre cumplía con sus obligaciones de custodia del hijo común, y con la finalidad de conocer los movimientos, viajes y desplazamientos de ésta, así como los posible alojamientos en cualquier establecimiento hotelero de España y con quien pudiera encontrarse su expareja, el acusado, aprovechando su condición de funcionario del Cuerpo Nacional de Policía y utilizando la clave de acceso que le autorizaba como usuario, entró en las Bases de Datos de la Dirección General de la Policía, realizando diversas consultas sobre Águeda, accediendo para ello a los datos personales de ella registrados en el sistema ARGOS y el fichero de CONTROL, a los que el acusado tenía acceso, sin ser responsable de su gestión, respecto de determinados datos personales y

hospederías, sin que existiera causa ni investigación policial que amparase dichas consultas.

En concreto el día 25 de abril de 2016 efectuó las siguientes 10 búsquedas:

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,03,11 horas, realizó un control de hospederías entre las fechas 01 de abril y 23 de abril de 2014.

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,33,41 horas, realizó un consulta sobre hospederías relativa a 21/06/2014.

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,33,58 horas, realizó un consulta sobre hospederías relativa a 21/06/2014.

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,34,04 horas, realizó un consulta sobre hospederías relativa a 15/12/2014.

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,34,13 horas, realizó un consulta sobre hospederías relativa a 15/04/2015.

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,34,22 horas, realizó un consulta sobre hospederías relativa a 21/03/2015.

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,34,30 horas, realizó un consulta sobre hospederías relativa a 09/04/2016.

Desde la dirección IP NUM1, a las 4,42,55 horas, realizó una consulta sobre los controles realizados a Águeda entre el 13/04/2010 al 24/04/2010, relativa al embarque de pasajeros en aviones.

Desde la dirección IP NUM1, a las 04,53,18 horas realizó una consulta sobre parte de viajero de una persona determinada, dando como resultado que D^a Águeda había estado hospedada en el “Nexus Valladolid Suites y Hotel”, relativa al 8 de abril de 2016

Desde la dirección de IP NUM2, a las 04,55,15 horas se realizó una consulta sobre parte de viajero de una persona determinada, con idéntico resultado.

El acusado y Águeda han venido manteniendo numerosas comunicaciones telefónicas, a través de la aplicación Whatsapp, iniciadas indistintamente por ambas partes, para tratar o consultarse respecto de las diferentes cuestiones relativas al cuidado y atención del hijo común de ambos y, aprovechando las realizadas en primer lugar el 17 de abril de 2016 y, posteriormente, entre las fechas comprendidas desde el día 2 de junio de 2016 hasta el 1 de febrero de 2017, el acusado dirigió a su ex mujer ingentes y extensos mensajes en los que le dirigía quejas y reiterados y continuos reproches sobre cómo afectaba su comportamiento su hijo, haciendo en ellas reiteradas referencias al contenido de los resultados de las búsquedas antes citadas y dirigiéndose a su ex pareja con diversos apelativos como “mentirosilla”, “ridícula” y, sobre todo, y de forma reiterada y constante con el del “subcampeona”, a pesar de que, también de forma continua y reiterada, ella le

pedía que no la llamara así, porque sabía lo mucho que la molestaba y que la dejara vivir en paz y limitara la comunicación únicamente a los temas relacionados con el niño. En una de dichas conversaciones el acusado manifestó a la denunciante su intención de dar a conocer a su hijo en común todos los entresijos de su ruptura sentimental, derivada de la existencia de una relación sentimental de la madre coetánea a la vigencia de la relación de pareja de sus padres, que hasta el momento la habían ocultado, si ésta no accedía a alterar el calendario de vacaciones acordado en el convenio.

La denunciante también respondía al acusado mediante ingentes y extensos mensajes en los que le dirigía quejas y reiterados y continuos reproches sobre el contenido de las que fueron sus relaciones de pareja, así como sobre aspectos relativos a la vida íntima que ella mantenía con su nueva pareja, dirigiéndose a su ex pareja con diversos apelativos como “cabroncete” y “perdedor”.

Como consecuencia de su acceso a las bases de datos policiales, el acusado tuvo conocimiento de que la denunciante se encontraba en un establecimiento hotelero si bien en ningún momento llegó a conocer si se encontraba sola o acompañada, poniendo en conocimiento de los servicios sociales que su hijo se encontraba solo en casa de la denunciante. Al acudir a dicho domicilio los servicios sociales, acompañados por la policía municipal, se encontraron con que éste se encontraba acompañado de su abuela.

Es cierto que Doña Águeda solicitó en el momento de presentar denuncia como medida cautelar una orden de alejamiento que fue acordada por el juzgado, prohibiendo al acusado la comunicación con la denunciante, sin que en tal resolución se pusieran de manifiesto la existencia de alteración alguna de la vida de la denunciante como motivo del establecimiento de la medida cautelar. .

SEGUNDA.- Niego la correlativa porque los hechos en los que intervino mi representado no son constitutivos de delito.

TERCERA.- Niego la correlativa. Sin delito no puede hablarse de responsabilidad criminal de ninguna clase.

CUARTA.- Disconforme con las correlativas. Sin delito y sin responsable no pueden existir circunstancias modificativas de la responsabilidad.

QUINTA.- Disconforme con la correlativa. Procede absolver a mi representado con todos los pronunciamientos favorables.

SEXTA.- No es objeto del presente procedimiento la responsabilidad civil por haberse la denunciante reservado su ejercicio para la vía civil.

Por lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA: que tenga por presentado este escrito con sus copias, los admita, y por realizada la **calificación provisional**.

Es de Justicia que pido en Vinaròs, a 24 de noviembre de 2.019.

OTROSÍ DIGO: Que para el acto del juicio oral propongo los siguientes:

MEDIOS DE PRUEBA

Todos los propuestos por el Ministerio Fiscal y además los siguientes:

1.- Declaración de los siguientes testigos, que deberán ser citados judicialmente (en su caso, mediante exhorto):

- D. xxxxxxxxxx, amigo de víctima y acusado, y conocedor directo de las relaciones entre ellos existentes en el momento de los hechos.
- D. xxxxxxxxxx, amigo de víctima y acusado, y conocedor directo de las relaciones entre ellos existentes en el momento de los hechos.

2.- Documental:

Que sea remitido oficio a la compañía telefónica xxxxxxxx a fin que aporte a las actuaciones listado de las llamadas realizadas desde el teléfono *****, del que es titular la denunciante, al teléfono *****, del que es titular el acusado, entre los meses de abril de 2016 y junio de 2017, incluyendo ambos, así como de la fecha, hora y duración de dichas llamadas.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: declare pertinentes las pruebas interesadas y acuerde su práctica.

Es Justicia que reitero en el lugar y fecha "ut supra" indicados.